FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT SIEGBERT ALBER

fremsat den 27. september 2001 [1]

I — Indledning

1. Supremo Tribunal Administrativo (Portugal) har anmodet Domstolen om en fortolkning af Rådets forordning (EØF) nr. 2408/92 af 23. juli 1992 om EF-luftfartsselskabers adgang til luftruter inden for Fællesskabet (herefter »forordningen«) [2]. Anmodningen om præjudiciel afgørelse drejer sig navnlig om, hvorvidt et udbud, som er gennemført i medfør af forordningens artikel 4, begrænser en medlemsstats beføjelser efter forordningens artikel 3, stk. 2, til at afslå cabotagerettigheder, og om dette i givet fald var tilfældet, da et sådant udbud i 1995 blev iværksat i overensstemmelse med en forpligtelse, Portugal var blevet pålagt som modydelse for en støtte, som Kommissionen godkendte i 1994. Uden denne forpligtelse havde det på grund af en til 1997 henholdsvis 1998 gældende undtagelsesordning endnu ikke været nødvendigt at følge en sådan udbudsprocedure. Konkret drejer det sig om flyforbindelserne fra det portugisiske hovedland til Madeira og Azorerne.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — EFT L 240, s. 8.

II — Relevante retsforskrifter

1) *Forordning nr. 2408/92*

Artikel 1, stk. 1:

»1. Denne forordning omhandler adgang til ruter inden for Fællesskabet, både for ruteflyvning og for charterflyvning.

[...]«

[Stk. 2 og 3 omhandler anvendelsen af forordningen på Gibraltar].

»4. Lufthavnene på de græske øer og på de Atlanterhavsøer, som udgør den autonome region Azorerne, undtages indtil den

30. juni 1993 fra forordningens anvendelsesområde [3]. Medmindre Rådet på forslag af Kommissionen træffer anden afgørelse, gælder denne undtagelse i en yderligere periode på fem år og kan herefter forlænges i endnu fem år [4].«

Artikel 3

»1. Medmindre andet følger af denne forordning, tillader den (de) berørte medlemsstat(er) EF-luftfartsselskaber at udøve trafikrettigheder på ruter inden for Fællesskabet.

2. Uanset stk. 1 har en medlemsstat indtil den 1.april 1997 [5] ikke pligt til at give EF-luftfartsselskaber, der har fået udstedt licens af en anden medlemsstat, cabotagetrafikrettigheder på sit område, medmindre:

i) trafikrettighederne udøves på en forbindelse, der udgør og indgår i fartplanen som en forlængelse af en forbindelse fra eller som en første delstrækning af en forbindelse til luftfartsselskabets registreringsstat

ii) luftfartsselskabet på cabotageforbindelsen højst anvender 50% af sin sæsonbestemte kapacitet på den forbindelse, som cabotageforbindelsen er en forlængelse eller første delstrækning af.

[...]«

Artikel 4

»1. a) En medlemsstat kan efter konsultationer med de øvrige berørte medlemsstater og efter at have orienteret Kommissionen og de luftfartsselskaber, der beflyver ruten, indføre forpligtelse til offentlig tjeneste for så vidt angår ruteflyvning til en lufthavn i et yderområde eller et udviklingsområde på dens område eller på en rute med ringe trafik til en regional lufthavn på dens område, hvis ruten betragtes som vital for den økonomiske udvikling i det område, hvor lufthavnen er beliggende, i det omfang det er nødven-

3 — Forordningen trådte i henhold til artikel 16 i kraft den 1.1.1993.

4 — Da Rådet ikke traf anden afgørelse, gjaldt denne undtagelse altså for Azorerne indtil den 30.6.1998. Der blev ikke truffet beslutning om en yderligere mulig forlængelse.

5 — Denne dato gjaldt således for flyvninger til og fra Madeira.

digt for at sikre passende ruteflyvning på ruten i overensstemmelse med fastsatte krav med hensyn til kontinuitet, regelmæssighed, kapacitet og prisfastsættelse, som luftfartsselskaberne ikke ville have påtaget sig, hvis de alene skulle tilgodese deres kommercielle interesser. Kommissionen offentliggør i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*, hvor der foreligger forpligtelse til sådan offentlig tjeneste.

h) En medlemsstat kan yde et luftfartsselskab, som er blevet udvalgt i henhold til litra f), godtgørelse for udgifterne til opfyldelse af de krav, der er knyttet til offentlig tjeneste i henhold til dette stykke; der tages ved godtgørelsen hensyn til udgifter og indtægter i forbindelse med ydelsen.«

Artikel 5

[...]

»På indenrigsruter, for hvilke der på tidspunktet for forordningens ikrafttræden gælder enekoncession i henhold til lov eller kontrakt, og hvor passende, regelmæssig forbindelse ikke kan sikres med nogen anden transportform, kan denne koncession videreføres indtil udløbsdatoen eller i tre år, alt efter hvilket tidspunkt der kommer først.«

d) Hvis intet luftfartsselskab har påbegyndt eller står for at påbegynde ruteflyvning på en rute i overensstemmelse med den forpligtelse til offentlig tjeneste, der gælder for ruten, kan medlemsstaten begrænse adgangen til denne rute til blot ét luftfartsselskab i en periode på indtil tre år, hvorefter situationen vurderes på ny. Retten til at drive sådan flyvning skal udbydes i offentligt udbud, enten for en rute eller for et rutenet, til alle EF-luftfartsselskaber, som er berettiget til at drive sådan trafikflyvning.

2) *Støttebeslutning 94/698/EF*

Artikel 1, litra e) og f), i Kommissionens beslutning 94/698/EF af 6. juli 1994 om kapitalforhøjelse, kreditgarantier og eksi-

[...]

sterende skattefritagelse til fordel for TAP [6] har følgende ordlyd:

»Den støtte, der skal ydes [...] til TAP [...] er forenelig med fællesmarkedet [...] på betingelse af, at:

[...]

e) den portugisiske regering opfylder sin forpligtelse til at anvende artikel 4 i forordning (EØF) nr. 2408/92 i forbindelse med Atlanterhavsøerne Madeira og Azorerne senest fra den 1. januar 1996 [7] og offentliggør de forpligtelser vedrørende offentlig tjeneste, der gælder for de pågældende ruter (jf. afsnit VIII, punkt 3)

f) den portugisiske regering opfylder sine forpligtelser med hensyn til, at liberaliseringen af chartertransport mellem alle fællesskabslufthavne og Azorerne vedrører alle tjenesteydelser som angivet i forordning nr. 2408/92, inklusive »seat only charter« og »one way charter«;

[...]«

2. Afsnit VIII, punkt 3, i betragtningerne til beslutningen har følgende ordlyd:

»[...] Kommissionen har noteret sig de forsikringer og forpligtelser, som den portugisiske regering har afgivet med hensyn til gennemførelse af bestemmelserne om adgang til det fælles flymarked, samt fortolkningen af visse bestemmelser. Det er Kommissionens opfattelse, at fjernelse af hindringer, der beskytter TAP mod konkurrence, udgør en rimelig kompenserende begrundelse for støttens ydelse og tjener den fælles interesse efter traktatens artikel 92, stk. 3, litra c), og aftalens artikel 61, stk. 3, litra c). Desuden har den portugisiske regering:

— bekræftet, at liberaliseringen af chartertransporten mellem alle fællesskabslufthavne og Azorerne vedrører alle tjenesteydelser som angivet i forordning (EØF) nr. 2408/92, inklusive »seat

6 — EFT L 279, s. 29, herefter »støttebeslutningen«.

7 — Undtagelsesbestemmelsen for Madeira gjaldt indtil den 1.4.1997 — jf. artikel 3, stk. 2 — og undtagelsesbestemmelsen for Azorerne indtil den 30.6.1998, jf. artikel 1, stk. 4, i forordning nr. 2408/92 og fodnote 5.

only charter« og »one way charter«. Dette betyder, at disse former for luftfartstjenester vil blive tilladt, selv om Azorerne er midlertidigt udelukket fra anvendelsesområdet for forordning (EØF) nr. 2408/92

— endnu en gang understreget, at den i 1995 vil følge en offentlig udbudsprocedure for forbindelserne mellem det portugisiske hovedland og øerne Madeira og Azorerne i overensstemmelse med artikel 4 i forordning (EØF) nr. 2408/92. Den portugisiske regering har endvidere til hensigt at underrette Kommissionen i første halvdel af 1995 om indholdet af forpligtelserne vedrørende disse offentlige tjenester, så de kan offentliggøres i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*. I denne forbindelse skal Kommissionen minde om, at artikel 4 i forordning (EØF) nr. 2408/92 indebærer, at indholdet af de forpligtelser, som den offentlige tjeneste indebærer, skal offentliggøres særskilt i De Europæiske Fællesskabers Tidende. Hvis der efter denne offentliggørelse ikke er noget europæisk luftfartsselskab, der erklærer, at det er rede til at opfylde disse forpligtelser vedrørende offentlig tjeneste, bliver retten til at udføre sådanne tjenesteydelser udbudt i offentligt udbud enten særskilt eller for en gruppe af sådanne ruter til ethvert europæisk luftfartsselskab, som er berettiget til at udføre sådanne luftfartstjenester.

[...]«

3) *Udbuddet i henhold til artikel 4, stk. 1, litra d)*

3. Det udbud, på grundlag af hvilket TAP havde ansøgt om ret til at drive ruteflyvning, bestemte bl.a. følgende [8]:

»3. Deltagere i udbuddet

Alle luftfartsselskaber, som har en gyldig licens, udstedt i en medlemsstat i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 2407/92 af 23. juli 1992 om udstedelse af licenser til luftfartsselskaber, samt et relevant driftsbevis, kan deltage.

Luftfartsselskaber med en licens, der er udstedt af en anden medlemsstat end Portugal, må indtil den 1. april 1997 for cabotageflyvning inden for Portugals grænser dog højst anvende 50% af deres sæsonbestemte kapacitet på den forbindelse, som

8 — EFT 1995 C 223, s. 16.

cabotageforbindelsen er en forlængelse eller en første delstrækning af, hvorved Portugal anvender bestemmelserne i artikel 3, stk. 2, i forordning (EØF) nr. 2408/92.

[...]«

III — Faktiske omstændigheder

[...]

11. Udbuddets gyldighed

4. Ved støttebeslutningen godkendte Kommissionen en planlagt støtte til det portugisiske statslige luftfartsselskab Transportes Aéreos Portugueses SA (herefter »TAP«) som led i en omstruktureringsplan for dette selskab.

I overensstemmelse med artikel 4, stk. 1, litra d), første punktum, i forordning (EØF) nr. 2408/92 er dette udbuds gyldighed betinget af, at intet luftfartsselskab, som kan få tilladelse til at beflyve de pågældende ruter, indgiver ansøgning inden den 1. november 1995 (under hensyn til [...]) om tilladelse til at beflyve en eller flere af disse ruter fra den 1. januar 1996 i overensstemmelse med de pålagte forpligtelser til offentlig tjeneste og uden at modtage nogen form for økonomisk kompensation.

5. Godkendelsen blev givet under forudsætning af, at visse betingelser, som er angivet i støttebeslutningens artikel 1, litra a)-h), var opfyldt. Ifølge artikel 1, litra e), skulle den portugisiske regering opfylde sin forpligtelse til at anvende artikel 4 i forordning nr. 2408/92 i forbindelse med Atlanterhavsøerne Madeira og Azorerne senest fra den 1. januar 1996.

Under alle omstændigheder forbliver udbuddet kun gyldigt for de ruter, som der ikke inden den 1. november 1995 er blevet afgivet bud på under de nævnte betingelser.

6. Den 4. august 1995 blev der i henhold til artikel 4, stk. 1, litra a), i forordning nr. 2408/92 offentliggjort en meddelelse fra Kommissionen om, at Portugal i overensstemmelse med støttebeslutningen havde besluttet at indføre en forpligtelse til offentlig tjeneste på ni ruter mellem den kontinentale del af Portugal og de selv-

styrende regioner Azorerne og Madeira samt mellem disse regioner indbyrdes [9].

7. Den 29. august 1995 blev der i henhold til artikel 4, stk. 1, litra d), i forordning nr. 2408/92 offentliggjort et udbud vedrørende beflyvning af disse ruter. Formålet med udbuddet var at udvælge et enkelt luftfartsselskab, der fra den 1. januar 1996 til den 31. december 1998 kunne beflyve samtlige ovennævnte ni luftruter under opfyldelse af forpligtelserne til offentlig tjeneste og mod en økonomisk kompensation. Deltagelse i udbuddet skulle udtrykkeligt ske med forbehold for artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 2408/92. Udbuddets gyldighed var betinget af, at intet luftfartsselskab, som kunne få tilladelse til at beflyve de pågældende disse ruter, indgav ansøgning inden den 1. november 1995 om tilladelse til at beflyve en eller flere af disse uden at kræve nogen form for økonomisk kompensation. I udbuddet deltog kun TAP, som havde enekoncession på beflyvning af de pågældende ruter indtil udgangen af 1995.

8. Ganske vist indgav Flightline Ltd (herefter »Flightline«), et britisk selskab med hjemsted og licens i Det Forenede Kongerige, den 30. oktober 1995, dvs. inden udløbet af fristen for afgivelse af bud, en ansøgning om tilladelse til, uden nogen form for økonomisk kompensation, at beflyve otte af de udbudte ni ruter. Ved afgørelse af 22. december 1995 afslog statssekretæren for transport- og kommunikation Flightline's ansøgning med den begrundelse, at udbuddet vedrørte cabotageydelser, og at betingelserne i forordningens artikel 3, stk. 2, derfor ikke var opfyldt.

9. Flightline anlagde sag med påstand om annullation af afslaget, men fik ikke medhold. I dommen anførtes det, at hverken støttebeslutningen eller artikel 4 i forordning nr. 2408/92 var til hinder for anvendelsen af forordningens artikel 3, stk. 2. I modsat fald ville artikel 3, stk. 2, blive uden formål. Støttebeslutningen er alene baseret på forordningens artikel 4, hvorfor den — ifølge anmodningen om præjudiciel afgørelse — skal fortolkes i lyset af denne retsakts opbygning.

IV — Anmodning om præjudiciel afgørelse

10. Flightline har iværksat appel ved Supremo Tribunal Administrativo, som har forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Når en medlemsstat udøver sine rettigheder og beføjelser i henhold til artikel 4 i Rådets forordning (EØF) nr. 2408/92 af 23. juli 1992, forudsætter eller medfører det da nødvendigvis,

9 — EFT C 200, s. 3.

at den derved giver afkald på sin beføjelse efter forordningens artikel 3, stk. 2, til at begrænse konkurrencen med hensyn til cabotageydelser på dens område indtil den 1. april 1997?

2) Kan en medlemsstat i forbindelse med et offentligt udbud i 1995 om beflyvning af en rute i overensstemmelse med de forpligtelser til offentlig tjeneste, der er pålagt for denne rute i henhold til forordningens artikel 4, kræve, at luftfartsselskaber med licens fra en anden medlemsstat, som afgiver bud, opfylder betingelserne i forordningens artikel 3, stk. 2?

3) Indebærer artikel 1, litra e), i Kommissionens beslutning 94/698/EF, som gør godkendelsen af den deri omhandlede støtte betinget af, at Portugal opfylder sin forpligtelse til at anvende artikel 4 i forordning (EØF) nr. 2408/92 på de selvstyrende regioner senest fra den 1. januar 1996 og offentliggør de forpligtelser vedrørende offentlig tjeneste, der gælder for de pågældende ruter (»jf. afsnit VIII, punkt 3«), at Portugal er afskåret fra at anvende den beføjelse, medlemsstaterne er tillagt ved forordningens artikel 3, stk. 2?«

V — Parternes argumenter

1) *Flightline*

11. Flightline har gjort gældende, at de præjudicielle spørgsmål ikke svarer til de spørgsmål, som skal afgøres i tvisten i hovedsagen. Det drejer sig derimod om at afgøre, om Portugal kunne afslå Flightline's ansøgning med den begrundelse, at betingelserne i artikel 3, stk. 2, ikke var opfyldt.

12. Ifølge Flightline er dette ikke tilfældet. Kommissionen har godkendt TAP's omstruktureringsforanstaltninger under visse betingelser, herunder en opfyldelse af forpligtelsen i henhold til artikel 1, litra e), i støttebeslutningen om at gennemføre et udbud og offentliggøre indholdet i forpligtelserne til offentlig tjeneste i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*. Som modydelse for støtten har Kommissionen krævet, at Portugal ophæver de barrierer, som beskytter TAP mod konkurrencen. Hermed er det udelukket, at udbuddet kan være undergivet betingelserne i forordningens artikel 3, stk. 2.

13. Flightline har anført, at det følger af forordningens artikel 4, sammenholdt med

støttebeslutningens artikel 1, litra e), at Portugal har forpligtet sig til ikke at påberåbe sig forordningens artikel 3, stk. 2. Dette følger dels af den omstændighed, at Portugal skulle være forpligtet til noget, som staten ikke allerede var forpligtet til efter forordning nr. 2408/92, dels af den omstændighed, at forordningens artikel 3, stk. 2, kun gjaldt indtil den 1. april 1997. Udbuddet havde derimod retsvirkning indtil den 31. december 1998. Det er utænkeligt, at Portugal, selv om støttebeslutningen skal ses på baggrund af målet om en gradvis liberalisering, kunne begrænse den frie konkurrence et år og ni måneder efter udløbet af den oprindeligt fastsatte frist.

14. Ifølge Flightline har artikel 4 og 3 forskellige anvendelsesområder. Artikel 4 vedrører luftruter, som der ikke er nogen ansøgere til, og hvor der følgelig ikke hersker konkurrence, mens artikel 3, stk. 2, vedrører begrænsninger på konkurrenceudsatte ruter.

15. At udelukke anvendelse af forordningens artikel 3, stk. 2, på de ruter, som er omhandlet i forordningens artikel 4, berører ikke den indtil den 1. april 1997 bestående mulighed for at begrænse konkurrencen på samtlige konkurrenceudsatte indenrigsruter.

16. Forordningens artikel 3, stk. 2, pålægger ikke medlemsstaten en pligt, men giver den blot en ret til at afslå en ansøgning om cabotagerettigheder.

17. Endelig indebærer udøvelsen af den ved artikel 3, stk. 2, tillagte beføjelse en i henhold til artikel 12 EF forbudt forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, da kun bud fra ikke-portugisiske luftfartsselskaber i realiteten vil blive udelukket.

2) *Transportes Aéreos Portugueses SA (TAP)*

18. TAP har indledningsvis anført, at anmodningen om præjudiciel afgørelse må afvises fra realitetsbehandling. Artikel 234 EF giver ikke Domstolen kompetence til at udtale sig om konkrete tilfælde. På baggrund af fællesskabsbestemmelsernes klare ordlyd er det tvivlsomt, om en præjudiciel forelæggelse er nødvendig.

19. Vedrørende realiteten har TAP anført, at det i det væsentlige skal afgøres, om Portugal, henset til artikel 3, stk. 2, og artikel 4, stk. 1, litra d), i forordning nr. 2408/92 og til det i EF-Tidende offentliggjorte udbud, var forpligtet til at acceptere Flightline's bud.

20. Ifølge TAP følger det hverken af forordningens artikel 4 eller af støttebeslutningen, at Portugal har givet afkald på sine rettigheder i henhold til forordningens artikel 3, stk. 2. Hverken ud fra ordlyden eller systematikken i forordningens artikel 3, stk. 2, og artikel 4 kan der udledes nogen sammenhæng mellem disse bestemmelser. Muligheden for at påberåbe sig rettighederne i henhold til artikel 3 inden for rammerne af anvendelsen af artikel 4 er derfor ikke udelukket.

21. Desuden må der tages hensyn til den skridtvise og gradvise liberalisering på luftfartsområdet. Denne proces kan begrunde beskyttelsesforanstaltninger som dem, der er omhandlet i forordningens artikel 3, stk. 2. De medlemsstater, som har indført forpligtelser til offentlig tjeneste, har opretholdt begrænsninger i friheden til at drive flyvning på indenrigsruterne.

22. I øvrigt har Kommissionen ikke gjort indsigelse mod gennemførelsen af støttebeslutningen og har følgelig godtaget dets indhold.

3) *Den Portugisiske Republik*

23. Den portugisiske regering har anført, at anvendelsen af forordningens artikel 3, stk. 2, ikke retligt er underordnet indførelsen af forpligtelser til offentlig tjeneste i medfør af forordningens artikel 4. Andre medlemsstater, f.eks. Frankrig, som har indført sådanne forpligtelser, har ligeledes anvendt forordningens artikel 3, stk. 2. Baggrunden for udstedelsen af forordning nr. 2408/92 viser, at artikel 3, stk. 2, afspejler en balance mellem liberaliseringen af flytransporten og beskyttelsen af den særlige situation for de nationale luftfartsselskaber i den enkelte medlemsstat.

24. Endvidere har forordningens artikel 1, stk. 4, indtil den 30. juni 1998 udelukket den selvstyrende region Azorerne fra forordningens anvendelsesområde. I forbindelse med forhandlingerne om støtte foreslog Portugal trods forordningens artikel 1, stk. 4, at lade flyforbindelserne med Azorerne omfatte af de samme bestemmelser, som gælder for Madeira, med henblik på at sikre gennemsigtighed i TAP's regnskaber og kontrol med pengeoverførsler fra staten til TAP. Dette tilsagn om at lade flyforbindelserne med Azorerne omfatte af bestemmelserne i forordningens artikel 4 indebar ikke et afkald på beskyttelsesklausulen i forordningens artikel 3, stk. 2.

25. Et sådant afkald kan desuden kun meddeles udtrykkeligt, eftersom der er tale om grundlæggende nationale almene interesser. Ingen af Portugals forhandlere var beføjet til at meddele afkald på disse rettigheder i Den Portugisiske Republiks navn.

26. I øvrigt har Portugal henvist til afsnit VIII i støttebeslutningen, hvor det udtrykkeligt er fastsat, at udbuddet er åbent for alle EF-luftfartsselskaber, som er »berettiget til at drive sådan trafikflyvning«. »Berettiget« betyder også under iagttagelse af begrænsningen efter forordningens artikel 3, stk. 2.

27. Ligesom TAP har den portugisiske regering henvist til, at Kommissionen ikke har gjort indsigelse mod gennemførelsen af støttebeslutningen og dermed har godtaget dens indhold.

4) *Kommissionen*

28. For så vidt angår det første og det andet spørgsmål har Kommissionen anført, at anvendelsen af artikel 4 og 5 i forordning nr. 2408/92 ikke indebærer, at der på forhånd gives afkald på beskyttelsesforanstaltningerne efter forordningens artikel 3, stk. 2. Selv om sidstnævnte bestemmelse indebærer en undtagelse fra det i stk. 1 fastsatte generelle princip om fri adgang til luftruter inden for Fællesskabet, fremgår det af betragtningerne, at cabotagerettigheder indføres gradvis. Forordningens artikel 5 viser ligeledes, at der er tale om gradvis liberalisering af luftfarten i medlemsstaterne.

29. Det fremgår desuden af ordlyden af forordningens artikel 4, stk. 1, litra d), at for så vidt angår indenrigsruter, der er omfattet af en forpligtelse til offentlig tjeneste, var adgangen til disse ruter indtil den 1. april 1997 begrænset til EF-luftfartsselskaber, som er »berettiget til at drive sådan trafikflyvning«. Hermed er det fastsat, at også betingelserne i forordningens artikel 3, stk. 2, skal være opfyldt.

30. Det anvendte udtryk i forordningens artikel 4 (»alle EF-luftfartsselskaber, som er berettiget til at drive sådan trafikflyvning«) genfindes i samme betydning i artikel 5, stk. 3, litra c), i Rådets forordning (EØF) nr. 2343/90 af 24. juli 1990 om luftfartsselskabers adgang til at deltage i ruteflyvning inden for Fællesskabet samt om deling af passagerkapacitet mellem luftfartsselskaber ved ruteflyvning mellem medlemsstaterne [10]. Forordningens artikel 4, stk. 1, må ses i denne sammenhæng, som giver et luftfartsselskab adgang til ruter, der er underlagt forpligtelse til offentlig tjeneste, i en periode på maksimalt tre år. Forordningens artikel 4 er derimod ikke underlagt en fast tidsmæssig begrænsning. Den eneste forpligtelse består i en periodisk nyvurdering af den pålagte forpligtelse til offentlig tjeneste.

31. For perioden mellem den 1. januar 1993 og den 1. april 1997 har en medlemsstats anvendelse af mulighederne i forordningens artikel 4 en effektiv virkning, selv

10 — EFT L 217, s. 8.

om denne medlemsstat udøver sine rettigheder efter forordningens artikel 3, stk. 2. For det første skaber gennemførelsen af et offentligt udbud i henhold til forordningens artikel 4, stk. 1, litra d), konkurrence mellem luftfartsselskaber, som har en licens, der er udstedt af den pågældende medlemsstat. For det andet kan alle de EF-luftfartsselskaber, der opfylder betingelserne i forordningens artikel 3, stk. 2, afgive bud.

32. Vedrørende det tredje spørgsmål har Kommissionen anført, at det hverken af beslutningens opbygning eller af baggrunden for dens vedtagelse kan udledes, at den af Portugal indgåede forpligtelse til at anvende forordningens artikel 4 på de selvstyrende regioner Azorerne og Madeira skal forstås således, at den udelukker anvendelsen af beføjelsen efter forordningens artikel 3, stk. 2. Udtrykket »berettiget til at drive sådan trafikflyvning«, som findes både i forordningen og i støttebeslutningen, skal i begge tilfælde fortolkes ens. Den fortolkning, der er gengivet i udbuddets punkt 3 og 11, er korrekt.

33. Ifølge støttebeslutningen er luftruterne til de selvstyrende regioner omfattet af forordning nr. 2408/92. Alle luftfartsselskaber, der har en licens udstedt af Den Portugisiske Republik, kan afgive bud vedrørende beflyvning af disse ruter, herunder Portugália. Luftfartsselskaber, der er registreret i andre medlemsstater, kunne have konkurreret med TAP, hvis de opfyldte betingelserne i forordningens artikel 3, stk. 2. Konkurrencen ville således blive fremmet, også hvis rettighederne efter artikel 3, stk. 2, opretholdes.

34. Sammenhængen med forordningen gør den økonomiske kompensation, som Portugal udbetaler som modydelse for den pålagte forpligtelse til offentlig tjeneste, mere gennemsigtig. Det undgås hermed navnlig, at kompensationen bliver højere end det faktiske underskud på disse ruter.

35. Endelig anfører Kommissionen, at den i forbindelse med vedtagelsen af andre beslutninger om foreneligheden med fællesmarkedet aldrig har krævet af medlemsstaterne, at de på forhånd giver afkald på at anvende beføjelserne i henhold til forordningens artikel 3, stk. 2.

VI — Vurdering

1) *Formaliteten*

36. De indvendinger, der er rejst mod, at anmodningen om præjudiciel afgørelse

antages til realitetsbehandling, finder jeg ikke overbevisende. De præjudicielle spørgsmål vedrører fortolkningen af artikel 3 og 4 i forordning nr. 2408/92. De har almen karakter og er ikke begrænset til det konkrete tilfælde. Anmodningen om præjudiciel afgørelse kan derfor antages til realitetsbehandling.

2) *Første spørgsmål*

37. Det første spørgsmål vedrører det grundlæggende forhold mellem artikel 3, stk. 2, og artikel 4 i forordning nr. 2408/92. Spørgsmålet drejer sig nærmere bestemt om, hvorvidt indførelsen af forpligtelse til offentlig tjeneste på en luftrute og et offentligt udbud vedrørende beflyvning af ruter i henhold til forordningens artikel 4, stk. 1, medfører et afkald på beføjelserne til at begrænse cabotagerettighederne indtil den 1. april 1997.

a) Ordlyden af forordningens artikel 3 og 4

38. Hverken ordlyden af forordningens artikel 3, stk. 2, eller artikel 4, stk. 1, foreskriver udtrykkeligt et sådant afkald. Disse to bestemmelser henviser heller ikke til hinanden.

39. Kommissionen har anført, at ifølge artikel 4, stk. 1, litra d), skal de eksklusive rettigheder udbydes til alle EF-luftfartsselskaber »[...] som er berettiget til at drive sådan trafikflyvning«. Efter Kommissionens opfattelse er kun et luftfartsselskab, der opfylder betingelserne i forordningens artikel 3, stk. 2, »berettiget«. Kommissionen udleder dette af en sammenligning med ordlyden i forløberen til denne bestemmelse, nemlig artikel 5, stk. 3, litra c), i Rådets forordning nr. 2343/90. Denne bestemmelse henviste udtrykkeligt til artikel 8 i forordning nr. 2343/90, som indeholder en med bestemmelsen i artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 2408/92, sammenlignelig retsforskrift.

40. Sammenligningen mellem disse bestemmelser forekommer kun til en vis grad at understøtte den af Kommissionen foreslåede løsning. Den omstændighed, at forordningens artikel 4 ikke — i hvert fald ikke udtrykkeligt — henviser til forordningens artikel 3, kan også pege i retning af, at forordning nr. 2408/92 går videre i liberaliseringen af lufttrafikken end forordning nr. 2343/90. Som det fremgår af tredje til syvende betragtning i forordning nr. 2408/92, udgør denne et nyt skridt på vejen hen imod liberalisering af lufttransporten og går videre end forordning nr. 2343/90. I så henseende kan formuleringen i artikel 4 i forordning nr. 2408/92 tyde på, at anvendelse af forordningens artikel 3, stk. 2, er udelukket.

41. Begrebet »berettiget« henviser heller ikke nødvendigvis til den i forordningens artikel 3, stk. 2, omhandlede situation. Begrebet kan også fortolkes på baggrund af forordningens artikel 2, litra b), der definerer begrebet »EF-luftfartsselskab«

som »et luftfartsselskab med en gyldig licens udstedt af en medlemsstat i overensstemmelse med Rådets forordning (EØF) nr. 2407/92 af 23. juli 1992 om udstedelse af licenser til luftfartsselskaber« [11]. »Berettiget« i den forstand, hvori udtrykket anvendes i forordningens artikel 4, stk. 1, litra d), kan således også fortolkes som det at »have en gyldig licens udstedt af en medlemsstat i overensstemmelse med Rådets forordning (EØF) nr. 2407/92«. I så fald vil alle EF-luftfartsselskaber kunne deltage i udbuddet, uden at begrænsningen i forordningens artikel 3, stk. 2, kan gøres gældende. Denne løsning har den fordel, at den tager hensyn til den grundtanke om liberalisering, som er udtrykt i artikel 3, stk. 1.

42. Som en foreløbig konklusion skal jeg fastslå, at ordlyden i de to bestemmelser giver mulighed for begge fortolkninger. Man kan ikke ud fra ordlyden slutte, at det inden for rammerne af forordningens artikel 4 er udelukket at anvende forordningens artikel 3, stk. 2.

b) Systematisk sammenhæng

43. Det skal herefter undersøges, hvorvidt et svar på det præjudicielle spørgsmål kan udledes af den systematiske sammenhæng.

44. Vedrørende udtrykket systematisk sammenhæng har Kommissionen henvist til forordningens artikel 5, der omhandler midlertidig opretholdelse af enekoncession. Såfremt denne var gældende på tidspunktet for forordningens ikrafttræden, dvs. den 1.januar 1993 (jf. forordningens artikel 16), kunne den videreføres indtil udløbsdatoen eller i tre år, dvs. indtil den 1. januar 1996. Ligesom artikel 3, stk. 2, fastsætter artikel 5 en midlertidig undtagelse fra det princip om fri udveksling af tjenesteydelser inden for flytransport, der blev indført ved forordningens artikel 3, stk. 1 [12]. Ifølge Kommissionen er det »åbenbart«, at anvendelsen af forordningens artikel 5 ikke udelukker anvendelsen af forordningens artikel 3, stk. 2. Artikel 4, stk. 1, kan derfor heller ikke medføre et afkald på anvendelse af artikel 3, stk. 2.

45. Artikel 5 indeholder en forskrift, der er sammenlignelig med forskriften i artikel 4, stk.1, litra d). Der er i begge tilfælde tale om anerkendelse af eksklusive rettigheder og følgelig om en undtagelse fra den ved artikel 2, stk. 1, indførte frie udveksling af tjenesteydelser inden for luftfart. I begge tilfælde er den maksimale periode fastsat til tre år.

46. Der er imidlertid også væsentlige forskelle mellem forordningens artikel 5 og 4.

11 — EFT L 240, s. 1.

12 — Dom af 26.6.2001, sag C-70/99, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 4845, præmis 21 og 22. Jf. ligeledes — om end mindre klart — dom af 18.1.2001, sag C-361/98, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 385, præmis 32.

Med hensyn til indholdet adskiller de sig fra hinanden, idet artikel 5 vedrører eksklusive rettigheder, som er tildelt før liberaliseringen den 1. januar 1993, mens artikel 4 vedrører tildelingen af nye eksklusive rettigheder efter denne dato. Tidligere eksklusive rettigheder skal ikke nødvendigvis behandles på nøjagtig samme måde som nye rettigheder, der er tildelt efter forordningens ikrafttrædelse. Endvidere er der forskel med hensyn til bestemmelsernes tidsmæssige anvendelsesområde. Der er kun få muligheder for, at forordningens artikel 3, stk. 2, og artikel 5 kolliderer. De eksklusive rettigheder kunne kun opretholdes indtil den 1. januar 1996, og indtil denne dato fandtes der ganske enkelt ingen cabotagerettigheder. Kollisioner kunne derfor kun forekomme i tiden fra den 1. januar 1996 til den 1. april 1997. For så vidt angår artikel 4 kunne der derimod opstå kollision i hele den periode, hvor artikel 3, stk. 2, fandt anvendelse, dvs. fra den 1. januar 1993 til den 1. april 1997. På baggrund af disse forskelle er det derfor tvivlsomt, om det er muligt af artikel 5 at udlede et argument for fortolkningen af artikel 4.

47. Den systematiske sammenhæng mellem artikel 4, stk. 1, litra d), og artikel 3, stk. 1, taler for, at anvendelsen af artikel 3, stk. 2, er udelukket. Når der i modstrid med den tilstræbte liberalisering kunne indføres nye monopoler — i hvert fald midlertidigt for en periode på højst tre år — burde konkurrencen, i hvert fald inden for rammerne af tildelingen af disse eksklusive rettigheder, være åben for alle EF-luftfartsselskaber. En sådan fortolkning kan desuden støttes på den omstændighed, at artikel 3, stk. 2, udgør en undtagelse fra det i stk. 1 knæsatte princip. Som undtagelsesbestemmelse skal artikel 3, stk. 2, fortolkes restriktivt.

48. Indførelsen af forpligtelse til offentlig tjeneste sker i henhold til artikel 4, stk. 1, litra a), primært uden nogen kompensation til luftfartsselskabet. I overensstemmelse hermed foreskrives det udtrykkeligt i Kommissionens meddelelse om indførelse af forpligtelse til offentlig tjeneste for så vidt angår ruteflyvning i Portugal, som i henhold til den i artikel 4, stk. 1, litra a), blev offentliggjort i EF-Tidende [13], at »luftfartsselskaberne skal være rede til at beflyve en eller flere forbindelser i henhold til betingelserne uden at forlange kompensation før den 31. oktober 1995«. En kompensation var således udtrykkeligt udelukket.

49. Dette indebærer imidlertid ikke, at der ikke kan ydes nogen kompensation overhovedet for opfyldelsen af forpligtelser til offentlig tjeneste. Dels kan der i henhold til artikel 4, stk. 1, litra d), tildeles enekoncession. En sådan monopolstilling garanterer det luftfartsselskab, der beflyver ruterne,

13 — EFT 1995 C 200, s. 3.

visse indtægter. Endvidere kan et luftfartsselskab, som i forbindelse med et sådant udbud tildeles kontrakten, opnå en kompensation i medfør af artikel 4, stk. 1, litra h). Kompensationen udligner forskellen mellem de omkostninger, der er afholdt for at opfylde de pålagte forpligtelser, og de indtægter, der oppebæres fra driften af ruterne [14]. I overensstemmelse med denne bestemmelse var det udtrykkeligt fastsat i punkt 6 i det i EF-Tidende offentliggjorte udbud, i forbindelse med hvilket TAP afgav tilbud vedrørende driften af de pågældende ni luftruter, at der skulle gives en økonomisk kompensation, og at de bydende derfor udtrykkeligt skulle angive deres kompensationskrav i buddet [15].

50. Ifølge Kommissionens meddelelse 94/C 350/07 [16] er en sådan kompensation for tab en »neutral handelsoperation mellem den pågældende stat og det udvalgte flyselskab«. »Kompensationen for forpligtelse til offentlig tjeneste [...] involverer [ikke] støtte, forudsat at flyselskabet er blevet udvalgt korrekt gennem et offentligt udbud på basis af adgangsbegrænsninger til ruten til et enkelt flyselskab, og den maksimale kompensation ikke overstiger underskuddet [...]« [17].

51. Som det fremgår af Kommissionens beslutning 94/666/EØF af 6. juli 1994 [18], er der, foruden den beskrevne erstatningsmekanisme i henhold til forordning nr. 2408/92, også mulighed for at yde støtte til et luftfartsselskab. I denne beslutning, som omhandler erstatning for det tab, som TAP har lidt på ruterne til de selvstyrende regioner Azorerne og Madeira, dvs. de ruter, som er omhandlet i de præjudicielle spørgsmål, fastslog Kommissionen, at erstatning for forpligtelse til levering af offentlig tjeneste må betragtes som statsstøtte, såfremt den ikke udbetales til en virksomhed, som er blevet udvalgt ved offentlig licitation [19]. Under hensyn til den begrænsede virkeliggørelse af liberaliseringen af luftfartssektoren fandt Kommissionen imidlertid, at denne støtte udgjorde regionalstøtte, som var forenelig med traktaten. Selv om Kommissionen principielt anser støtte til luftfartssektoren for at være i strid med traktaten, viser denne beslutning, at erstatning principielt også kan have form af støtte.

52. Hvis forpligtelse til offentlig tjeneste kompenseres ved anvendelse af forordningens artikel 4, stk. 1, litra d) og h),

14 — Jf. punkt 16 i Kommissionens meddelelse 94/C 350/07 om anvendelsen af EF-traktatens artikel 92 og 93 og EØS-aftalens artikel 61 på statsstøtte i luftfartssektoren (EFT 1994 C 350, s. 5).

15 — Udbud, nævnt i fodnote 8.

16 — Meddelelse, nævnt i fodnote 14.

17 — Punkt 18 i meddelelsen.

18 — Beslutning om erstatning for det tab, som TAP har lidt på ruterne til de selvstyrende regioner Azorerne og Madeira, EFT L 260, s. 27.

19 — Beslutning 94/666, pkt. V, s. 30, nævnt i fodnote 18.

opstår spørgsmålet, om en konkurrencebegrænsning efter artikel 3, stk. 2, stadig kan betragtes som lovlig. Da artikel 3, stk. 2, som undtagelsesbestemmelse til det i stk. 1 knæsatte liberaliseringsprincip skal fortolkes restriktivt, kan man slutte, at artikel 3, stk. 2, ikke finder anvendelse inden for rammerne af artikel 4, stk. 1, litra d). Dette spørgsmål skal jeg behandle nedenfor.

53. Gennemgangen af den systematiske sammenhæng, som bestemmelserne indgår i, tyder således snarere på, at artikel 3, stk. 2, må anses for uanvendelig inden for rammerne af artikel 4. Spørgsmålet kan imidlertid ikke besvares definitivt ud fra den systematiske sammenhæng.

c) Betydningen af og formålet med artikel 3 og 4

54. Jeg skal endelig undersøge, om det følger af betydningen af og formålet med disse bestemmelser, at anvendelsen af artikel 3 er udelukket inden for rammerne af artikel 4.

55. Artikel 3, stk. 1, indfører generelt princippet om fri udveksling af tjenesteydelser på lufttransportområdet. Stk. 2 i bestemmelsen udskyder anvendelsen af dette princip i forbindelse med cabotage. Princippet om fri udveksling af tjenesteydelser gælder ikke fuldt ud allerede fra og med forordningens ikrafttræden den 1. januar 1993 (jf. artikel 16), idet medlemsstaterne kan begrænse denne frihed indtil den 1. april 1997, dog kun under de i artikel 3, stk. 2, angivne betingelser. Dermed begrænses en eventuel konkurrence på markedet, for så vidt som denne rettighed efter artikel 3, stk. 2, udøves.

56. En helt anden situation følger af artikel 4, stk.1, litra a). Denne bestemmelse giver medlemsstaterne beføjelse til at fastsætte de mindstebetingelser, et luftfartsselskab skal opfylde for at kunne afgive bud med henblik på at opnå trafikrettigheder. Inden for rammerne af den ved artikel 3, stk. 1, indførte konkurrence kræves det af de luftfartsselskaber, der afgiver bud med henblik på at opnå tilladelse til at beflyve en given luftrute, at den tjenesteydelse, de tilbyder, opfylder visse betingelser med hensyn til hyppighed, fartplan, kapacitet, prisfastsættelse osv. Med en sådan ordning er det muligt at sikre passende trafiktjenester på visse ruter, som markedet enten ikke tilbyder eller tilbyder i utilstrækkeligt omfang. Henset til de forskellige formål, der forfølges med artikel 3 og artikel 4, stk. 1, kan de to bestemmelser principielt siges at være sidestillede og således hverken udelukke eller forudsætte hinanden. Der er derfor tilsyneladende ikke nogen grund til,

at den tidsbegrænsede beføjelse efter artikel 3, stk. 2, til at begrænse den frie udveksling af tjenesteydelser ikke også skulle gælde inden for rammerne af anvendelsen af artikel 4, stk. 1, litra a). Spørgsmålet er, om denne vurdering også gælder ved anvendelse af litra d), dvs. i tilfælde, hvor der gives kompensation for forpligtelse til levering af offentlig tjeneste.

57. Som det fremgår af det foreliggende tilfælde, findes der situationer, hvor anvendelsen af forordningens artikel 3, stk. 2, inden for rammerne af forordningens artikel 4, stk. 1, litra d), begrænser konkurrencen. Flightline har anmodet om tilladelse til uden kompensation at drive ruteflyvning på otte af de ni ruter, der blev udbudt i henhold til artikel 4, stk. 1, litra d). Hvis artikel 3, stk. 2, fandt anvendelse inden for rammerne af artikel 4, stk. 1, ville et uafhængigt selskab, der, som det var tilfældet med Flightline, ikke opfylder betingelserne efter artikel 3, stk. 2, blive erstattet af et fremtidigt monopol. Et sådant resultat er i modstrid med forordningens formål, nemlig at fremme en liberalisering af flytransporten og skabe konkurrence.

58. De meddelelser, der i det foreliggende tilfælde er blevet offentliggjort i EF-Tidende, viser, hvor interessant muligheden for konkurrencebegrænsning også kan være for den medlemsstat, som gennemfører udbuddet. Offentliggørelsen af indholdet i forpligtelsen til offentlig tjeneste i De Europæiske Fællesskabers Tidende i henhold til forordningens artikel 4, stk.1, litra a), indeholder ingen henvisning til artikel 3, stk. 2. Dette tyder på, at den portugisiske regering ikke nødvendigvis ville have anvendt denne bestemmelse, hvis tilladelsen til beflyvning af ruterne var blevet givet i medfør af artikel 4, stk. 1, litra a). Først ved udbuddet i henhold til artikel 4, stk. 1, litra d), blev der gjort brug af muligheden for at begrænse cabotagerettighederne i medfør af artikel 3, stk. 2. Denne adfærd viser tydeligt, i hvor ringe grad det er i overensstemmelse med grundprincippet i forordning nr. 2408/92 at anvende artikel 3, stk. 2, til, på ruter, hvor der er pålagt forpligtelse til offentlig tjeneste for at sikre et tilstrækkeligt udbud, at begrænse deltagelsen i det i henhold til artikel 4, stk. 1, litra d) og h), gennemførte udbud vedrørende lufttrafikrettigheder.

59. Tildelingen af enekoncession går stik imod grundtanken i forordning nr. 2408/92, som den kommer til udtryk i artikel 3, stk. 1. I stedet for den tilstræbte liberalisering opstår en ny, om end kun midlertidig, monopolsituation.

60. Jeg skal imidlertid bemærke, at artikel 3, stk. 2, kun er en overgangsbestemmelse. Den er udtryk for lovgivers

bevidste beslutning om at give mulighed for en undtagelse fra princippet om fri udveksling af tjenesteydelser i luftfartssektoren. Som det fremgår af tiende betragtning til forordningen, skulle der gradvis indføres cabotagerettigheder for at stimulere udviklingen af Fællesskabets luftfartssektor og forbedre servicen for brugerne.

61. Ved forordningens artikel 3, stk. 2, skabes der ligevægt mellem liberaliseringen af luftfarten og den særlige situation for de nationale luftfartsselskaber med hensyn til cabotagerettigheder. Det særlige behov for en sådan ligevægt beror på, at tildelingen af cabotagerettigheder indebærer den højeste grad af markedsåbning. Dette marked havde hidtil været et anliggende for de enkelte stater og deres nationale luftfartsselskaber. Dette fremgår af artikel 7 i konventionen om international civil luftfart, som blev undertegnet i Chicago den 7. december 1944 og ratificeret af alle EU-medlemsstaterne. Denne bestemmelse giver udtrykkeligt enhver signatarstat ret til at afslå at give luftfartsselskaber fra andre signatarstater tilladelse til mod vederlag at transportere passager, post og fragt fra én destination på dens territorium til en anden.

62. Det må derfor antages, at lovgiver på cabotageområdet bevidst har givet medlemsstaterne mulighed for at udsætte liberaliseringen fra den 1. januar 1993 indtil den 1. april 1997. Der kan ikke uden gyldig grund ses bort fra en sådan vilje, som lovgiver har givet udtryk for. Tværtimod bør man forsøge i videst mulig udstrækning at tage hensyn til denne undtagelse inden for rammerne af anvendelsen af forordningens øvrige bestemmelser. Dette gælder så meget mere, som liberaliseringen i fællesskabsretten går længere end i folkeretten. Henset til disse overvejelser må det antages, at artikel 3, stk. 2, principielt finder anvendelse også ved udbud efter artikel 4, stk. 1, litra d).

63. Hvis artikel 4, stk. 1, litra d), fortolkes på denne måde, indskrænkes dens anvendelsesområde ganske vist, således at konkurrencen begrænses til luftfartsselskaber, der har fået udstedt licens i den pågældende medlemsstat, og til virksomheder, der varetager tilslutningstjenester på de udbudte forbindelser. Selv en sådan begrænset konkurrence udgør imidlertid et fremskridt i forhold til et ikke-liberaliseret marked.

64. På denne baggrund må Flightline's opfattelse, hvorefter artikel 3, stk. 2, og artikel 4 udelukker hinanden på grund af deres respektive anvendelsesområder, afvises. Det er ganske vist rigtigt, at anvendelsesområdet for artikel 3, stk. 2, forudsætter, at der findes flere bydende, eftersom bestemmelsen begrænser den eksiste-

rende konkurrence. Det kan imidlertid ikke heroverfor gøres gældende, at anvendelsesområdet for artikel 4 kun vedrører tilfælde, hvor ingen har afgivet bud på den pågældende trafiktjeneste. Indførelsen af forpligtelse til offentlig tjeneste kan også skyldes, at markedet ikke i tilstrækkeligt omfang tilbyder passende trafiktjenester. Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at der slet ikke findes konkurrence. Desuden er det netop konkurrenceprincippet, der udmøntes i artikel 4, stk. 1, litra d), med kravet om gennemførelse af udbud med højst tre års mellemrum, også selv om begrænsningen efter forordningens artikel 3, stk. 2, finder anvendelse. Pligten til at gennemføre regelmæssige udbud sikrer netop konkurrencen og begrænser den godtgørelse, der i givet fald udbetales i henhold til litra h), til det mindste underskud, der kan opnås på markedet. Der er ingen retlig grund til ikke at tage hensyn til lovgivers bevidste beslutning om en gradvis liberalisering, herunder muligheden for at udskyde indførelsen af cabotage inden for rammerne af artikel 4, stk. 1. Det må derfor antages, at anvendelsen af artikel 4, stk. 1, ikke nødvendigvis medfører et afkald på den rettighed, der følger af artikel 3, stk. 2.

65. Som det især også fremgår af punkt 11 i det i EF-Tidende offentliggjorte udbud, gives den frie konkurrence, også inden for rammerne af anvendelsen af artikel 4, stk. 1, litra d), forrang frem for et, i givet fald tilmed subventioneret, monopolforetagende. Der kunne således kun tildeles koncession, hvis intet luftfartsselskab inden den 1. november 1995 havde indgivet ansøgning om tilladelse til at beflyve en eller flere af de udbudte ruter. Kun ruter, som intet uafhængigt foretagende havde afgivet bud på, kunne tildeles i henhold til litra d).

66. Ud fra bestemmelsernes betydning og formål kan anvendelsen af artikel 3, stk. 2, inden for rammerne af artikel 4 ikke udelukkes. Man må derfor følge lovgivers bevidste beslutning om en gradvis liberalisering af lufttransporten og om en liberalisering af cabotage først fra den 1. april 1997 og tillade anvendelsen af artikel 3, stk. 2, inden for rammerne af artikel 4.

67. Afslutningsvis skal jeg bemærke, at denne løsning heller ikke er i strid med forbuddet mod forskelsbehandling i artikel 12 EF. De i artikel 51 EF ff. indeholdte regler om fri udveksling af tjenesteydelser er specialbestemmelser, som har forrang frem for det generelle forbud mod forskelsbehandling. I henhold til artikel 80, stk. 2, gælder de kun for luftfart, for så vidt Rådet har fastlagt dette i særlige bestemmelser. En sådan bestem-

melse er forordning nr. 2408/92. Når det i artikel 3, stk. 2, bestemmes, at forskelsbehandling på grundlag af nationalitet, i dette tilfælde på grundlag af registrering af luftfartsselskabet i en anden medlemsstat, var lovlig indtil den 1. april 1997, er en sådan forskelsbehandling derfor forenelig med traktaten. Under retsmødet frafaldt repræsentanten for Fligthline i øvrigt udtrykkeligt sit anbringende om, at forordning nr. 2408/92, eller i hvert fald dens artikel 3, stk. 2, tilsidesætter artikel 12 EF.

68. Jeg foreslår derfor, at det første spørgsmål besvares således:

Når en medlemsstat udøver sine rettigheder og beføjelser i henhold til forordningens artikel 4, forudsætter eller medfører dette ikke, at den derved skal give afkald på beføjelsen i henhold til forordningens artikel 3, stk. 2, til at begrænse konkurrencen på cabotageydelser på sit område indtil den 1. april 1997.

3) *Andet spørgsmål*

69. Svaret på det andet spørgsmål følger i det væsentlige af resultatet af overvejelserne vedrørende det første spørgsmål. Da et udbud i henhold til forordningens artikel 4, stk. 1, ikke medfører, at en medlemsstat giver afkald på muligheden for at begrænse tildelingen af cabotagerettigheder i henhold til forordningens artikel 3, stk. 2, er det heller ikke i strid med fællesskabsretten, at medlemsstaten som led i dette udbud kræver, at luftfartsselskaberne afgiver bud på de i artikel 3, stk. 2, fastsatte betingelser. Herved udøver medlemsstaten i så fald netop sine rettigheder i henhold til artikel 3, stk. 2.

70. For så vidt som luftfartsselskaber, hvis licens er udstedt af en anden medlemsstat, skal opfylde betingelserne i forordningens artikel 3, stk. 2, opstår imidlertid det problem, at der i henhold til det i tvisten i hovedsagen omhandlede udbud skulle tildeles enekoncession for perioden fra den 1. januar 1996 til den 31. december 1998 (jf. punkt 8 i udbuddet). Hermed overskrides den i artikel 3, stk. 2, angivne frist, hvorefter begrænsningen af konkurrencen på cabotageydelser kun var tilladt indtil den 1. april 1997. Dermed opstår spørgsmålet, om et udbud, som gennemførtes i 1995 og omhandlede flytjenester i perioden fra den 1. januar 1996 til den 31. december 1998, kunne forlænge muligheden for begrænsning i henhold til artikel 3, stk. 2, til et tidspunkt efter den 1. april 1997.

71. Bestemmelsen i artikel 3, stk. 2, er en undtagelse fra det i artikel 3, stk. 1, knæ-

satte princip om fri adgang til luftfartsruter inden for Fællesskabet. I overensstemmelse med de almindelige fortolkningsprincipper skal den som undtagelsesbestemmelse fortolkes snævert.

72. Flightline har anført, at begrænsningen under ingen omstændigheder kan gå ud over det i forordningen angivne tidspunkt. TAP og den portugisiske regering har ikke udtalt sig om dette spørgsmål. Kommissionen har blot henvist til, at eksklusive rettigheder kun kan tildeles for en periode på højst tre år.

73. Eksklusive rettigheder kan i medfør af artikel 4, stk. 1, litra d), i realiteten kun tildeles for en periode på højst tre år. Denne frist er den samme som den i artikel 5 fastsatte frist for så vidt angår videreførelsen af en på tidspunktet for forordningens ikrafttræden gældende enekoncession. Treårsfristen udgør imidlertid en øverste grænse i henhold til både artikel 4 og 5. Der er ingen pligt til at udnytte den fuldt ud. Eksklusive rettigheder kan også tildeles for kortere perioder inden for rammerne af anvendelsen af artikel 4, stk. 1, litra d), f.eks. for perioden fra den 1. januar 1996 til den 31. marts 1997. Dette er et indicium på, at den treårige frist, som er angivet i artikel 4 og 5, under ingen omstændigheder skal anvendes til at forlænge den i artikel 3, stk. 2, fastsatte frist.

74. Bestemmelsen i artikel 5 ophørte desuden med at gælde den 1. januar 1996. Det ville være i modstrid med formålet med denne overgangsbestemmelse heraf at udlede et argument for, at der ved et udbud gennemført i slutningen af 1995 skulle kunne tildeles nye enekoncessioner for tiden fra den 1. januar 1996 til den 31. december 1998.

75. Hvad angår artikel 4, stk. 1, litra d), må det ganske vist fastslås, at dens tidsmæssige anvendelsesområde er ubegrænset. Der er imidlertid intet i denne bestemmelse, der tyder på, at den kan give ret til at hindre eller udskyde anvendelsen af forordningens øvrige bestemmelser. Kun en fortolkning, som ikke forlænger muligheden for at begrænse cabotage ud over den 1. april 1997, heller ikke inden for rammerne af et udbud i henhold til artikel 4, stk. 1, litra d), yder grundtanken om liberalisering, som den kommer til udtryk i artikel 3, stk. 1, retfærdighed.

76. Jeg foreslår derfor, at det andet spørgsmål besvares således:

I forbindelse med et offentligt udbud i 1995 om beflyvningen af en rute i overensstemmelse med de forpligtelser til offentlig tjeneste, der er pålagt for denne rute i henhold til forordningens artikel 4, kan en medlemsstat kræve, at luftfartsselskaber med licens fra en anden medlemsstat, som

afgiver bud, opfylder betingelserne i forordningens artikel 3, stk. 2, indtil den 1. april 1997. For tiden efter denne dato gjaldt og gælder der ikke nogen begrænsninger for noget luftfartsselskab.

4) *Tredje spørgsmål*

77. Med det tredje spørgsmål ønsker den nationale ret oplyst, om Kommissionens støttebeslutning, navnlig artikel 1, litra e), i medfør af hvilken Portugal har forpligtet sig til at anvende forordningens artikel 4 på de selvstyrende regioner Madeira og Azorerne senest fra den 1. januar 1996, medfører, at Portugal afskæres fra at anvende beføjelsen i henhold til forordningens artikel 3, stk. 2.

78. Mens forordning nr. 2408/92 fandt anvendelse på den selvstyrende region Madeira på tidspunktet for sin ikrafttrædelse den 1. januar 1993, var den selvstyrende region Azorerne i medfør af forordningens artikel 1, stk. 4, udelukket fra dens anvendelsesområde indtil den 30. juni 1993 — efterfølgende forlænget til den 30. juni 1998.

79. Som følge af Portugals forpligtelse i henhold til støttebeslutningens artikel 1, litra e), finder forordningens artikel 4 dog også anvendelse på den selvstyrende region Azorerne siden den 1. januar 1996. Dette svarer nøjagtigt til det tidspunkt, fra hvilket de af Portugal udbudte ruter skulle betjenes.

80. Da anvendelsen af forordningens artikel 4 — som anført i svaret på det første og det andet spørgsmål — ikke udelukker, at en medlemsstat udøver beføjelsen i henhold til forordningens artikel 3, stk. 2, skal det herefter undersøges, om støttebeslutningen medfører, at der gives afkald på udøvelsen af rettighederne efter forordningens artikel 3, stk. 2, fra og med den 1. januar 1996.

81. Artikel 1, litra e), i støttebeslutningen indeholder ingen udtrykkelig henvisning til forordningens artikel 3, stk. 2. Det må derfor nærmere undersøges, om det af betragtningerne til beslutningen fremgår, at anvendelsen af denne bestemmelse skulle udelukkes.

82. Flightline har anført, at Portugal som modydelse til godkendelsen af omstruktureringsstøtten var forpligtet til at fjerne de hindringer, der beskytter TAP mod konkurrence. Denne opfattelse kan støttes på afsnit VIII, punkt 3, i betragtningerne til støttebeslutningen, hvori det er anført, at

det er Kommissionens opfattelse, at fjernelse af hindringer, der beskytter TAP mod konkurrence, udgør en rimelig kompenserende begrundelse for støttens ydelse.

83. Anvendelsen af muligheden for at begrænse konkurrencen på cabotageydelser i henhold til forordningens artikel 3, stk. 2, udgør principielt, henset til ovenstående betragtninger, en konkurrencebegrænsende foranstaltning. Da TAP var den eneste ansøger til beflyvningen af de ni ruter, der blev udbudt i overensstemmelse med artikel 4, stk. 1, litra d), udgjorde anvendelsen af artikel 3, stk. 2, en foranstaltning, der beskyttede TAP mod konkurrence. Flightline opfyldte nemlig ikke betingelserne efter artikel 3, stk. 2, og kunne derfor ikke deltage i udbuddet.

84. I de i afsnit VIII, punkt 3, i støttebeslutningen som eksempel opregnede foranstaltninger, som Portugal skulle gennemføre med henblik på at fjerne hindringer for konkurrencen, nævnes imidlertid, ligesom i støttebeslutningens artikel 1, litra e), kun gennemførelse af et offentligt udbud i henhold til forordningens artikel 4. Artikel 3, stk. 2, nævnes derimod ikke (jf. afsnit VIII, punkt 3, andet led, i støttebeslutningen). Bestemmelsen indeholder intet om, at Portugal skulle give afkald på den deri fastsatte beføjelse til at begrænse konkurrencen på cabotageydelser.

85. Der henvises ganske vist i betragtningerne til, at i henhold til artikel 4, stk. 1, litra a), skal de forpligtelser til offentlig tjeneste, som Portugal agtede at indføre på ruterne til de autonome regioner Madeira og Azorerne, offentliggøres særskilt i *De Europæiske Fællesskabers Tidende*. Det anføres herved, at retten til at udføre sådanne tjenesteydelser bliver udbudt i offentligt udbud, »hvis der efter denne offentliggørelse ikke er noget europæisk luftfartsselskab, der erklærer, at det er rede til at opfylde disse forpligtelser vedrørende offentlig tjeneste«. Heraf kan det eventuelt udledes, at der ikke må pålægges begrænsninger for foretagender, der opfylder betingelserne i forordningens artikel 3, stk. 2.

86. Denne opfattelse støttes yderligere af en sammenligning mellem støttebeslutningen og den tilsvarende passage i forordningens artikel 4, stk. 1, litra d). I denne bestemmelse tales der kun generelt om luftfartsselskaber. Betoningen af »europæiske« virksomheder kan dermed indebære en bevidst udvidelse af kredsen af potentielle bydende.

87. Mod en sådan fortolkning af støttebeslutningen taler imidlertid, at den ville føre til en modsigelse mellem artikel 4, stk. 1, litra a) og artikel 4, stk. 1, litra d). Visse luftfartsselskaber, som afgiver bud, vil ganske vist kunne ansøge om tilladelse til at beflyve ruter, for hvilke der gælder en forpligtelse til offentlig tjeneste i henhold til artikel 4, stk. 1, litra a). De vil imidlertid ikke kunne deltage i et efterfølgende udbud i henhold til litra d), hvis de ikke opfylder

betingelserne i artikel 3, stk. 2. I støttebeslutningen — som på dette punkt har samme ordlyd som forordningens artikel 4, stk. 1, litra d), — er det nemlig anført, at hvis der ikke er noget europæisk luftfartsselskab, der erklærer, at det er rede til at opfylde de forpligtelser vedrørende offentlig tjeneste, der er offentliggjort i henhold til litra a), bliver retten til at udføre sådanne tjenesteydelser udbudt i offentligt udbud i medfør af litra d), til ethvert europæisk luftfartsselskab, »som er berettiget til at udføre sådanne luftfartstjenester«. Da det må antages, at den identiske ordlyd i støttebeslutningen og forordningen også må have samme betydning, kan det af denne formulering, i overensstemmelse med betragtningerne vedrørende det første spørgsmål, ikke udledes, at anvendelsen af artikel 3, stk. 2, er udelukket.

88. Noget andet følger heller ikke af artikel 1, litra f), i støttebeslutningen eller af afsnit VIII, punkt 3, første led, i betragtningerne til denne. Der er det ganske vist anført, at Portugal har bekræftet, at liberaliseringen af charterflytrafikken mellem lufthavne i Fællesskabet og Azorerne i overensstemmelse med forordningen omfatter »alle tjenesteydelser«, og at disse dermed skal være tilladt, selv om Azorerne er undtaget fra forordningens anvendelsesområde. Denne passage vedrører imidlertid ikke anvendelsesområdet for forordningens artikel 4, som udtrykkeligt omfatter ruteflyvning og ikke charterflyvning. Desuden henviser udtrykket »alle« i denne sammenhæng til tjenesteydelsernes art, som det fremgår af opregningen af »seat only charter« og »one way charter«. Der er således ikke nogen henvisning til liberaliseringen af cabotageydelserne.

89. Sammenfattende bemærkes, at det ikke af betragtningerne til støttebeslutningen kan udledes, at denne tager udgangspunkt i princippet om, at Portugal skal fjerne alle hindringer, der beskytter TAP mod konkurrence og navnlig give afkald på den rettighed, der følger af artikel 3, stk. 2, i forordning nr. 2408/92.

90. I modsætning til Flightline's opfattelse kan anvendelsen af artikel 3, stk. 2, heller ikke udelukkes med den begrundelse, at den i støttebeslutningen pålagte forpligtelse til at anvende artikel 4 ellers ikke ville have nogen mening. Hertil bemærkes, at uden støttebeslutningen skulle Portugal først have anvendt artikel 4 på den autonome region Azorerne efter den 30. juni 1998. Uden støttebeslutningen skulle hverken artikel 3 eller artikel 4 have været anvendt på Azorerne indtil dette tidspunkt. I så henseende indeholder støttebeslutningen regler, der fremmer konkurrencen.

91. Med hensyn til Azorerne er forpligtelsen til at følge en offentlig udbudsprocedure vigtig, for så vidt som navnlig

Portugália, som Kommissionen har anført, kunne konkurrere med TAP. Som det fremgår af svaret på det første spørgsmål, kunne også luftfartsselskaber, der ikke er registreret i Portugal, men som opfylder betingelserne i artikel 3, stk. 1, deltage i udbuddet.

92. Den her anlagte fortolkning af støttebeslutningen er i overensstemmelse med Kommissionens praksis. Kommissionen har i sit indlæg gjort opmærksom på, at den heller ikke i forbindelse med andre støttebeslutninger har krævet, at en medlemsstat på forhånd giver afkald på sine rettigheder efter artikel 3, stk. 2. Der er ingen grund til at udlede andet af den her omhandlede støttebeslutning. Kommissionen har desuden aldrig anfægtet lovligheden af det udbud, der blev offentliggjort i EF-Tidende, og som indeholdt en henvisning til anvendelsen af artikel 3, stk. 2.

93. Som en foreløbig konklusion kan det fastslås, at det ikke følger af artikel 1, litra e) og f), i støttebeslutningen, at Portugal har givet afkald på sine rettigheder i henhold til artikel 3, stk. 2.

94. Jeg skal imidlertid i forbindelse med det tredje præjudicielle spørgsmål også bemærkes, at den begrænsning af artikel 4, stk. 1, litra d), som anvendelsen af artikel 3, stk. 2, medfører, ikke må gælde ud over det i denne bestemmelse fastsatte tidspunkt, dvs. den 1. april 1997. Det ville være i modstrid med artikel 3, stk. 1, at tillade tildeling af eksklusive rettigheder ved efter denne dato at begrænse konkurrencen på cabotageydelser. Under forudsætning af at de bydende opfylder betingelserne i forordningens artikel 3, stk. 2, kunne forbindelserne til den autonome region Madeira kun gives i koncession til og med den 31. mart 1997, og til den autonome region Azorerne kun til og med den 30. juni 1998. For Madeira trådte forordning nr. 2408/92 i kraft den 1. april 1997 og for Azorerne den 1. juli 1998.

95. På baggrund af det anførte foreslår jeg, at det tredje præjudicielle spørgsmål besvares således:

Artikel 1, litra e) og f), i støttebeslutningen, som gør godkendelse af støtte efter denne bestemmelse betinget af, at Portugal opfylder sin forpligtelse til at anvende artikel 4 i forordning (EØF) nr. 2408/92 på de selvstyrende regioner Madeira og Azorerne senest den 1. januar 1996 og til at offentliggøre de forpligtelser til offentlig tjeneste, der gælder for de pågældende ruter fra dette tidspunkt, afskærer ikke denne medlemsstat fra at anvende beføjelsen i henhold til forordningens artikel 3, stk. 2, til at afslå cabotagerettigheder. Begrænsningen af cabotage kunne dog kun anvendes på Madeira indtil den 1. april 1997 og på Azorerne indtil den 1. juli 1998.

VII — Forslag til afgørelse

96. På baggrund af det anførte foreslår jeg, at de præjudicielle spørgsmål besvares således:

»1) Når en medlemsstat udøver sine rettigheder i henhold til artikel 4 i Rådets forordning (EØF) nr. 2408/92 af 23. juli 1992 om EF-luftfartsselskabers adgang til luftruter inden for Fællesskabet, forudsætter eller medfører dette ikke, at den derved skal give afkald på beføjelsen i henhold til forordningens artikel 3, stk. 2, til at begrænse konkurrencen på cabotageydelser på sit område indtil den 1. april 1997.

2) I forbindelse med et offentligt udbud i 1995 om beflyvningen af en rute i overensstemmelse med de forpligtelser til offentlig tjeneste, der er pålagt for denne rute i henhold til forordningens artikel 4, kunne en medlemsstat kræve, at luftfartsselskaber med licens udstedt af en anden medlemsstat, som afgav bud, opfyldte betingelserne i forordningens artikel 3, stk. 2, indtil den 1. april 1997. For tiden efter denne dato gjaldt og gælder der ikke nogen begrænsninger for noget luftfartsselskab.

3) Artikel 1, litra e) og f), i Kommissionens beslutning 94/698/EF af 6. juli 1994 om kapitalforhøjelse, kreditgarantier og eksisterende skattefritagelse til fordel for TAP, som gør godkendelse af støtte efter denne bestemmelse betinget af, at Portugal opfylder sin forpligtelse til at anvende artikel 4 i forordning (EØF)

nr. 2408/92 på de selvstyrende regioner senest fra den 1. januar 1996 og til at offentliggøre de forpligtelser til offentlig tjeneste, der gælder for de pågældende ruter fra og med denne dato, afskærer ikke denne medlemsstat fra at anvende beføjelsen i henhold til forordningens artikel 3, stk. 2, til at afslå cabotagerettigheder. Begrænsningen af cabotage kunne dog kun anvendes på Madeira indtil den 1. april 1997 og på Azorerne indtil den 1. juli 1998.«